

Bauherr - Architekt und Ingenieur - Bauunternehmer: die 5. Baurechtstagung von 22.-24. März 1983 in Freiburg

Autor(en): **Wichser, Werner**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Ingenieur und Architekt**

Band (Jahr): **101 (1983)**

Heft 18

PDF erstellt am: **24.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-75131>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Bauherr – Architekt und Ingenieur – Bauunternehmer

Die 5. Baurechtstagung vom 22.–24. März 1983 in Freiburg

Von Werner Wichser, Zürich

Von den Professoren Peter Gauch und Pierre Tercier und ihren Mitarbeitern vom Seminar für Schweizerisches Baurecht der Universität Freiburg (Schweiz) wie gewohnt hervorragend organisiert, fand vom 22.–24. März 1983 zum fünftenmal die jedes zweite Jahr im Frühling durchgeführte und damit fast schon zur Tradition gewordene, im besten Sinne interdisziplinär zu nennende Baurechtstagung in Freiburg statt, am Dienstag und Mittwoch in deutscher und am Mittwoch und Donnerstag in französischer Sprache. Der germanisch-lateinische Mikrokosmos der alten Zähringerstadt verleiht dabei diesen Tagungen stets einen Rahmen von ganz besonderem Reiz. Auch der diesjährigen war ein voller Erfolg beschieden. Die 850 Teilnehmer deutscher Sprache (Architekten, Ingenieure, Baufachleute, Verwaltungs- und Baujuristen, Richter, Anwälte und weitere Praktiker) hielten die Aula Magna der Universität Freiburg – den grössten für solche Zwecke geeigneten Saal der Stadt – bis zum letzten Platz besetzt; 300 weiteren Interessenten, die sich nicht rasch genug angemeldet gehabt hatten, hatte leider abgesagt werden müssen. An der französischsprachigen Tagung, an der die genau gleichen Themen behandelt wurden, nahmen 350 Personen teil. Der erste Tag war jeweils dem privaten Baurecht gewidmet, der zweite Vormittag dem öffentlichen Baurecht und der zweite Nachmittag Fragen der Revision, insbesondere der SIA-Ordnungen 102 und 103. Hier soll im einzelnen nur über den deutschsprachigen Teil Bericht erstattet werden.

Der Bauherr – Herr des Bauvertrages?

Dieser Frage ging am ersten Vormittag Prof. Peter Gauch (Freiburg) für die verschiedenen Phasen zwischen Bestellung und Abbestellung (Bestellung und Vertragsabschluss – Beststellungsänderung – Sistierung – Abbestellung) nach. Ein Bauvertrag (Werkvertrag) entsteht durch übereinstimmende Willenserklärung (Offerte und Annahme, wobei «Bestellung» des Bauherrn entweder Annahme des Angebots des Unternehmers oder ein vom Unternehmer anzunehmendes Angebot an letztern sein kann). Vor der Bestellung ist die Stellung des Bauherrn theoretisch *am stärksten*: Er bestimmt, ob überhaupt, mit wem und mit welchem Inhalt er den Bauvertrag abschliessen will und ob er das Angebot eines Unternehmers annehmen will oder nicht. In der Praxis müssen aber die wirtschaftlichen Gegebenheiten (Preise, Termine usw.) beachtet werden. Submissionsordnungen, «Allgemeine Geschäftsbedingungen» (AGB), Preisabsprachen zwischen den Unternehmern und Unternehmer- und Architektenklauseln (in Grundstückkaufverträgen) schränken die Freiheit des Bauherrn ein. Andererseits wird nach der Norm SIA 118 das Leistungsverzeichnis vom Bauherrn vorgeschrieben. *Positiv* wurde von Gauch gewertet, dass für Bauaufträge der Eidgenossenschaft und ihrer Anstalten seit 1981 ein einheitliches Muster von Geschäftsbedingungen besteht, *negativ*, dass in der Praxis vorformulierte Subunternehmer-

verträge häufig von der Norm SIA 118 abweichen.

Bestellungsänderungen

Im Baugeschehen spielen *Bestellungsänderungen* eine erhebliche Rolle, wobei darunter nicht die «Konkretisierung» von (nicht vollständig oder nur generell umschriebenen) Bauleistungen fallen, sondern «Modifizierungen» derselben. Diese können im beidseitigen Einvernehmen erfolgen oder durch einseitige Anordnung des Bauherrn, falls er sich ein solches Gestaltungsrecht vorbehalten hat. In der Praxis spielen die Art. 84–91 der Norm SIA 118 eine eminente Rolle. Danach hat der Bauherr ein *weitgehendes Änderungsrecht*, das aber sofort dadurch eingeschränkt wird, dass «der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt» bleiben muss. Als Folge von Bestellungsänderungen sind auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage *Nachtragspreise* zu vereinbaren, wobei aber von der inzwischen eingetretenen Teuerung abzusehen und die Teuerungsabrechnung nach der Norm SIA 118 separat vorzunehmen ist, ausser bei Pauschalpreisen (da für diese ja keine Teuerungsanpassung vorgesehen ist). Eine wichtige Rolle spielt die schon 1912 eingeführte 20%-Klausel bei Einheitspreisen (Art. 86). In diesem Rahmen kann der Bauherr Bestellungsänderungen ohne Preisänderungen vornehmen. Diese Klausel bezieht sich aber nicht auf unrichtige Angaben der voraussichtlichen Mengen im Leistungsverzeichnis, was bei der Abfas-

sung von Verträgen hierzulande berücksichtigt werden sollte; im Gegensatz dazu sieht nämlich die deutsche «Verdingungsordnung für Bauleistungen» eine 10%-Klausel gerade und nur für diesen Fall vor. Ohne Vereinbarung ist der Bauherr nach Art. 377 OR gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers zu einer Reduktion des Bauauftrags (Teiltrücktritt) berechtigt. In der Literatur kontrovers ist die Frage, ob der Bauherr auch ohne vertragliche Ermächtigung befugt sei, zusätzliche oder andere Leistungen zu verlangen; nach Gauch ist das möglich bei Vertragslücken.

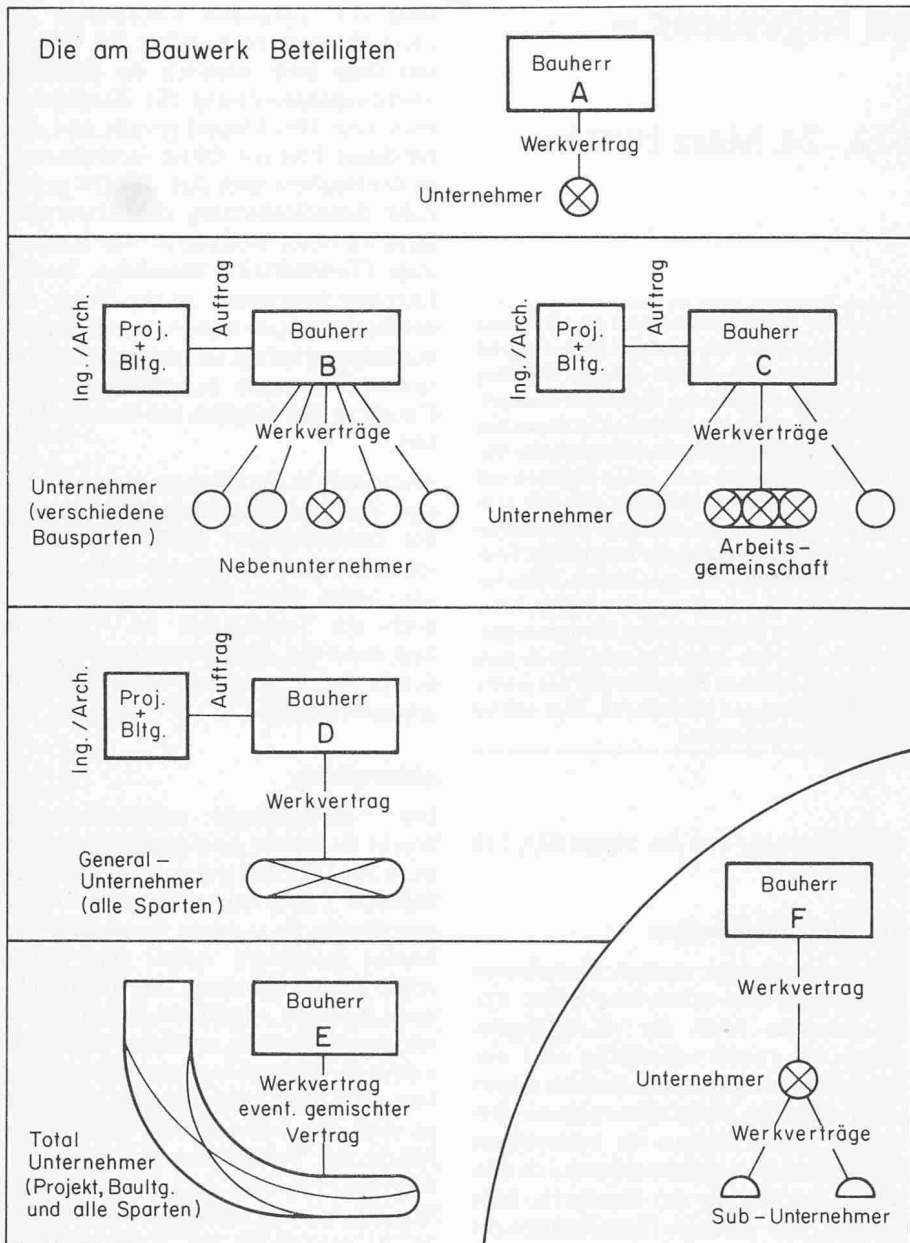
Andererseits ist der Bauherr nicht berechtigt, die Ausführung der Bauleistung des Unternehmers zeitlich hinauszuschieben, d. h. *einseitig zu sistieren*, da das weder eine Beststellungsänderung noch ein Teiltrücktritt ist. Vielmehr liegt dann ein Annahmeverzug vor mit den in Art. 95 und Art. 376 Abs. 1 OR geregelten Folgen.

Abbestellung

Die «*Abbestellung*» schliesslich des Werks als letzter Ausweg des Bauherrn ist in Art. 377 OR geregelt, wonach der Bauherr – aber nur solange das Werk *unvollendet* ist – gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit ohne Grundangabe einseitig vom Vertrag zurücktreten kann, womit der Bauvertrag «ex nunc» (ab sofort, aber nicht rückwirkend) aufgelöst ist und der Unternehmer von seiner Pflicht zur Vollendung des Werks befreit ist. Für die Pflicht der vollen Schadloshaltung sieht Art. 377 OR die Additionsmethode vor, d. h. der Schaden, dessen Beweis dem Unternehmer obliegt, umfasst insbesondere den entgangenen Gewinn, im Gegensatz zu Art. 184 der Norm SIA 118 und zum deutschen Recht, die die Subtraktionsmethode (volle Vergütung abzüglich Ersparter) vorsehen. *Keine* Schadenersatzpflicht trifft den Bauherrn hingegen bei Rücktritt vom Vertrag infolge Verzugs des Unternehmers (Art. 366 Abs. 1 OR), wegen Überschreitung des Kostenansatzes (Art. 375 Abs. 2 OR) oder aus einem wichtigen, vom Unternehmer zu verantwortenden Grund. Kontrovers ist die Frage, ob das Recht des Bauherrn, jederzeit vom Bauvertrag zurückzutreten, unverzichtbar und unbeschränkbar sei (Auffassung Gautschi) oder vertraglich ausgeschlossen werden könne (Auffassung Gauch).

Unternehmer- und Architektenklauseln

In einem zweiten Teil seines Referats befasste sich Gauch mit der Frage von



Unternehmer- und Architektenklauseln beim Grundstückkauf. Danach verpflichtet sich der Käufer eines unüberbauten Grundstücks, bei der Überbauung desselben Architekturarbeiten einem bestimmten Architekten oder Bauarbeiten einem bestimmten Unternehmer zu übertragen, meistens dem Verkäufer. Damit dient das Grundeigentum als Vehikel zur Sicherung von Aufträgen, und die Freiheit des künftigen Bauherrn wird schon beim Grundstückkauf beschränkt. Juristisch ist eine solche Klausel im Normalfall ein Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR, womit die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrags begründet wird, und gleichzeitig ein Exklusivvertrag. Gauch unterscheidet *schwache* Klauseln, wonach der Käufer die Übertragung von Bau- oder Architekturarbeiten nur für den Fall verspricht, dass er sich überhaupt zur Ausführung eines Bauvorhabens entschliesst, und *starke* Klauseln, die eine unbedingte Ver-

pflichtung enthalten und den Käufer daher praktisch zur Bauausführung zwingen. Ausnahmsweise kann auch ein Vorvertrag zugunsten eines Dritten (z. B. eines Sohnes des Verkäufers) im Sinne von Art. 112 OR vorliegen. Zu ihrer Gültigkeit müssen solche Unternehmer- oder Architektenklauseln hinsichtlich der zu übertragenden Arbeiten und der Entgeltlichkeit als solchen hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein, ferner formgültig und schliesslich weder unmöglich noch widerrechtlich noch sittenwidrig. Die Höhe der Vergütung braucht nicht bestimmt zu sein; fehlt sie, greifen die Art. 374 oder Art. 394 Abs. 3 OR ein. Nach schweizerischem Recht sind Unternehmer- oder Architektenklauseln auch nicht sittenwidrig; anders nach Art. 10 des *deutschen* Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Regelung von Ingenieur- und Architekturleistungen vom 4. November 1971. Wenn für einen Hauptvertrag keine be-

sondere Form vorgeschrieben ist, bedarf auch ein Vorvertrag keiner besonderen Form; andererseits ist für die Gültigkeit eines Grundstückkaufs die Form der öffentlichen Beurkundung vorgeschrieben (Art. 216 OR). Nach sich auf BGE 86 II 33 ff stützender, herrschender Meinung ist eine solche Unternehmer- oder Architektenklausel als Vorvertrag (zu einem Bau- oder Architekturvertrag als Hauptvertrag) nicht formbedürftig, bedarf also der öffentlichen Beurkundung nicht. Nach Auffassung Gauchs bedarf sie aber mindestens dann der öffentlichen Beurkundung, wenn die vom Käufer übernommene Unternehmer- oder Architektenverpflichtung einen Teil der für das Grundstück versprochenen Gegenleistung darstellt. Für den Praktiker ist es daher ein Gebot der Vorsicht, die Klausel in jedem Fall in die öffentliche Urkunde aufzunehmen, da der ganze Kaufvertrag nichtig ist, wenn sie zu Unrecht nicht beurkundet ist.

Eine andere Frage ist die *rechtliche Durchsetzbarkeit* dieser Klauseln. Die Architektenklausel verpflichtet zum Abschluss eines Architekturvertrags. Letzterer war nach der früheren Praxis, bestätigt im grundsätzlichen Entscheid BGE 63 II 176 ff, zum Teil (was die Herstellung von Skizzen, Bauprojekten und Plänen anbelangte) Werkvertrag, zum Teil (was den Kostenvoranschlag, die Vergabungen und die Bauaufsicht anbelangte) Auftrag; seit der durch das Bundesgerichtsurteil vom 3. Oktober 1972 (BGE 98 II 305 ff) eingeleiteten Praxisänderung ist aber der Architekturvertrag vollumfänglich und vorbehaltlos als Auftrag qualifiziert worden. Ein Auftrag kann aber jederzeit einseitig und grundsätzlich entschädigungslos widerrufen werden; Schadenersatz ist nur wegen Widerrufs zur Unzeit geschuldet (Art 404 OR). Daraus folgt, dass die *Architektenklausel* nicht erzwungen werden kann, da der Grundstückskäufer schon die vorvertragsweise von ihm übernommene Architektenverpflichtung jederzeit entschädigungslos widerrufen kann. Etwas anders ist die Rechtslage bei der *Unternehmerklausel*; diese verpflichtet zum Abschluss eines Werkvertrags. Aber auch vom Werkvertrag kann der Bauherr jederzeit zurücktreten, allerdings nur gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers für die entzogene Arbeit (Art. 377 OR). Also kann auch der Grundstückskäufer durch Verweigerung des Abschlusses des Werkvertrags von diesem Rücktrittsrecht Gebrauch machen. Der Unterschied beim Rücktritt von einer Architektenklausel und von einer Unternehmerklausel ist der, dass bei dieser volle Schadloshaltung geschuldet ist, bei jener jedoch nicht.

Das Risiko beim Bauen

Am Nachmittag des ersten Tages referierten Rechtsanwalt Dr. Rainer Schumacher (Baden AG) und Prof. Peter Gauch über ausgewählte Fragen von Risiken beim Bauen.

Untergang und Beschädigung des Werks

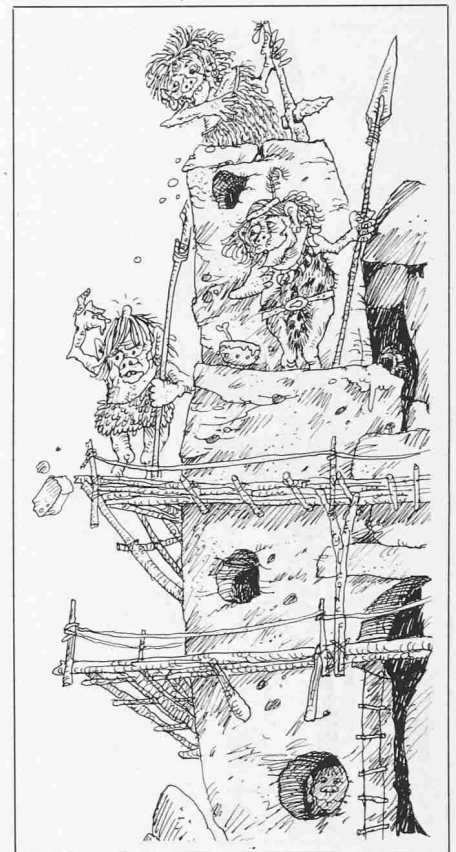
Zunächst behandelte Schumacher Fragen des *Untergangs* und der *Beschädigung des Werks während der Bauphase*. Der Widerstreit der Prinzipien, wonach einerseits der Eigentümer das Risiko des Zufalls trägt, andererseits der Unternehmer für den Erfolg (Ablieferung des versprochenen, vollendeten Werkes) haftet und derjenige ein Risiko tragen soll, der es besser beherrschen kann, ist durch Art. 376 OR und durch Art. 187–189 der Norm SIA 118 gelöst worden. Nach Art. 376 Abs. 1 OR trägt (ausser bei Annahmeverzug des Bauherrn) grundsätzlich der *Unternehmer* das Risiko des zufälligen Untergangs des Werkes, während nach Art. 376 Abs. 2 und 3 OR der *Bauherr* ausnahmsweise das Untergangsrisiko in seinem eigenen Gefahrenbereich trägt, der den von ihm selbst gelieferten Baustoff, den von ihm angewiesenen Baustoff und die von ihm erteilten Ausführungsvorschriften umfasst. Grundsätzlich trägt der Unternehmer dabei die Vergütungsgefahr und die Leistungsgefahr; er besitzt keinen Anspruch auf Vergütung untergegangener Arbeiten und muss Abschlagszahlungen zurückerstatten, wobei der entsprechende Rückforderungsanspruch des Bauherrn jedoch in einem Jahr verjährt (Art. 67 OR). Grundsätzlich ist auch der Unternehmer berechtigt und verpflichtet, die untergegangenen Bauteile wiederherzustellen und weiterzubauen; er ist das ausnahmsweise nur dann nicht, wenn ein Weiterbauen objektiv unmöglich ist oder wenn weitere Bauleistungen dem Unternehmer unzumutbar sind, in welchem Fall er berechtigt ist, vom Werkvertrag zurückzutreten. Bei Wiederherstellung und Weiterbau trägt grundsätzlich der Unternehmer die Kosten der Wiederherstellung der untergegangenen Bauleistungen; ausnahmsweise kann jedoch in Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR bei ausserordentlichen, unvorhersehbaren oder beidseitig vertraglich ausgeschlossenen Umständen, z. B. bei höherer Gewalt, dem Unternehmer ein angemessener Teil dieser Kosten zugesprochen werden.

Ist der *Zufall im Gefahrenbereich des Bauherrn* eingetreten, besitzt der Unternehmer Anspruch auf die volle Vergütung (inklusive Gewinn) der bis zum Untergang erbrachten Bauleistungen,

aber nicht mehr, ausser bei Verschulden des Bauherrn. Andererseits besitzt der Unternehmer grundsätzlich keinen Rechtsanspruch darauf, die untergegangenen Bauteile wiederherzustellen und das Werk zu vollenden. Nach Treu und Glauben kommt aber im Einzelfall (z. B. bei einem grossen Missverhältnis zwischen Umfang und Folgen des Untergangs einerseits und dem Interesse an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung andererseits) ausnahmsweise dem Grundsatz der Vertragstreue der Vorrang zu und dann sind beide Vertragspartner verpflichtet, die untergegangenen Bauteile wiederherzustellen und den Werkvertrag vollständig zu erfüllen.

Bei *Verschulden des Unternehmers* oder einer seiner Hilfspersonen (zu denen auch jeder seiner Subunternehmer gehört) fällt seine Zufallshaftung natürlich weg und es treten die Folgen der *Verschuldenshaftung* ein. Andererseits wird die Verursachung des Untergangs durch Dritte juristisch als Zufall qualifiziert. Heikle Rechtsfragen ergeben sich, wenn der Untergang des Werks durch einen am Bau nicht beteiligten Dritten verursacht worden ist: Einerseits trägt innerhalb des Werkvertrags der Unternehmer und nicht der Bauherr das Risiko des Drittverschuldens; andererseits hat der Unternehmer nach der Gerichtspraxis keinen ausservertraglichen Schadenersatzanspruch gegen den Dritten, da er kein Eigentum an der untergegangenen Sache besass. Die Praxis behilft sich in diesem Fall mit der *Rechtsfigur der sog. Drittschadensliquidation*, d. h. mit der Verpflichtung des Bauherrn, seinen ausservertraglichen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Dritten an den Unternehmer abzutreten. Eine neue Theorie lehrt andererseits, dass das Einzelinteresse des Unternehmers an seiner Vergütung für geleistete, von einem Dritten zerstörte Arbeiten ein Schaden sei, der vom Unternehmer direkt eingeklagt werden könnte, auch wenn die geschädigte Sache im Zeitpunkt des Ereignisses nicht oder nicht mehr im Eigentum des Unternehmers stand.

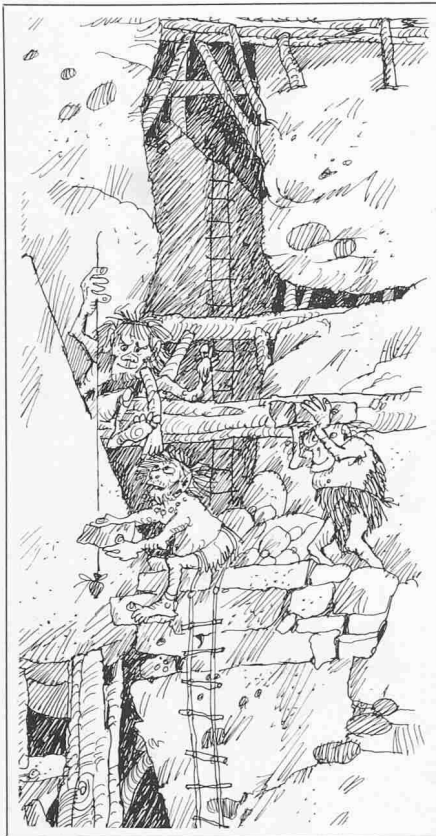
Bei *Teiluntergang* und bei *Beschädigung* des Werks vor Vollendung gelten die gleichen Regeln wie beim Untergang. Bei Beschädigung steht jedoch die unentgeltliche Ausbesserung oder «Nachbesserung» im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR im Vordergrund. Die Gefahr der Beschädigung oder Zerstörung der Baustelleneinrichtungen trägt grundsätzlich der Unternehmer (Art. 127 Abs. 1 der Norm SIA 118). Beendet wird die Zufallshaftung des Unternehmers durch die «Abnahme» (so Norm SIA 118 und Art. 370 und 371 OR), die an anderer Stelle auch «Übergabe» (Art.



376 Abs. 1 OR) oder «Ablieferung» (Art. 367 und 372 OR) genannt wird.

Baustofflieferung durch Dritte

In einem zweiten Teil seines Referats behandelte Schumacher *Probleme mit dem Baustoff*. Über einen von einem Lieferanten dem Bauherrn oder dem Unternehmer gelieferten Baustoff wird regelmässig ein *Kaufvertrag* (Fahrniskauf) abgeschlossen. Zwischen dem Einkauf durch den Bauherrn und dem Einkauf durch den Unternehmer steht der Einkauf eines vom Bauherrn vorgeschriebenen Baustoffs durch den Unternehmer. Beim Kauf durch den Unternehmer steht dieser zwischen dem Lieferanten und dem Bauherrn und hat nach zwei Seiten Verträge zu erfüllen, mit jenem einen Kaufvertrag und mit diesem einen Werkvertrag, also Verträge verschiedener Typen. Ihm obliegt es also, diese Verträge hinsichtlich Vergütung, Fristen, Mängelhaftung und Gefahrtragung zu koordinieren. Der *Baustofflieferant* hat kein *Bauhandwerkerpfandrecht*; andererseits umfasst das Bauhandwerkerpfandrecht des Unternehmers auch die von Dritten bezogenen Baustoffe, die er dem Bauherrn über den Werklohn belastet. Kontrovers ist, ob die *Mängelhaftung des Unternehmers* für die Güte des Baustoffes den Regeln des Kaufrechts über die Sachgewährleistung (Art. 197 ff OR) untersteht, was auf Grund des Wortlauts von Art. 365 Abs. 1 OR die herrschende Meinung ist, oder der Mängelhaftung des Werkvertrags (Art. 367–371 OR)



untersteht, welche Minderheitsauffassung unter anderem auch von Gauch vertreten wird. Schumacher schliesst sich Gauch an, weil der Wortlaut von Art. 365 Abs. 1 OR von der Entstehungsgeschichte her missverständlich ist und weil nur die Unterstellung unter das Werkvertragsrecht dem Bauherrn das erwünschte Nachbesserungsrecht für einen stoffbedingten Werkmangel gibt, da ein Verkäufer nach Kaufrecht nicht zur Nachbesserung verpflichtet ist. Die Mängelhaftung des Unternehmers für den Baustoff geht in der Regel weiter als diejenige des Baustofflieferanten, da es der Unternehmer ist, der auch noch das Konstruktionsrisiko und das Risiko der Verfahrenstechnik trägt. Die Fristen des Kaufrechts und des Werkvertragsrechts sind unterschiedlich lang. Mängel müssen zwar nach Kaufrecht (Art. 201 OR) und nach Werkvertragsrecht (Art. 367 Abs. 1 und Art. 370 Abs. 3 OR) sofort gerügt werden; Art. 173 der Norm SIA 118 räumt dem Bauherrn jedoch das Recht ein, während der zweijährigen Garantiefrist Mängel aller Art *jederzeit* zu rügen; in diesem Fall besteht die Gefahr, dass der Bauherr dem Unternehmer gegenüber einen Mangel in einem Zeitpunkt noch rügen kann, in dem der Unternehmer seine kaufrechtliche Rügefrist gegenüber dem Baustofflieferanten bereits verwirkt hat. Im Kaufrecht verjähren Mängelrechte innert eines Jahres seit Ablieferung (Art. 210 Abs. 1 OR), im Werkvertragsrecht bei unbeweglichen Bauwerken und in der Norm

SIA 118 innert fünf Jahren (Art. 371 Abs. 2 OR, Art. 180 der Norm SIA 118). Ausserdem beginnt die kaufrechtliche Verjährungsfrist mit der Ablieferung des Baustoffes, die werkvertragliche Verjährungsfrist jedoch erst ab Abnahme des Werkes. Der Unternehmer läuft deshalb häufig Gefahr, *zwischen Tisch und Bank* zu fallen, und es ist ihm daher zu empfehlen, diese verschiedenen Fristen auf dem Vertragsweg zu koordinieren zu versuchen.

Anschliessend behandelte Schumacher noch die zahlreichen Rechtsfragen der Gefahrtragung und Mängelhaftung für den Baustoff in denjenigen Fällen, in denen der Baustoff vom Bauherrn selbst oder vom Unternehmer auf Weisung des Bauherrn (vorgeschriebener Baustoff!) eingekauft wird.

Einzelfragen bei Werkmangel

Im letzten Referat des ersten Nachmittags sprach schliesslich wieder Prof. Peter Gauch über wichtige Einzelfragen des *Risikos des Werkmangels*. Juristisch ist ein Werkmangel eine primär am Vertrag gemessene fehlende Eigenschaft des Werks. Ein technisch einwandfreies Werk kann mangelhaft sein (z. B. dort wo weisse Farbe bestellt, aber mit blauer gemalt wurde) ebenso wie ein technisch fehlerhaftes Werk juristisch mangelfrei sein kann (z. B. dort wo Haarrisse vom Bauherrn zu tolerieren sind, wo sie die Folge seiner Weisung sind, möglichst billig zu bauen). Das Gesetz (Art. 368 und 369 OR) schreibt drei Grundsätze der Risikoverteilung vor, zwei Hauptgrundsätze und einen Gegengrundsatz. Die Hauptgrundsätze besagen, dass für einen Werkmangel an sich der Unternehmer *kausal* haftet, d. h. auch wenn ihn kein Verschulden trifft, und dass der Unternehmer auch für Mangelfolgeschaden schadenersatzpflichtig wird, aber nur wenn ihn oder eine Hilfsperson ein Verschulden trifft. Das Gegenprinzip besagt, dass den Unternehmer für vom Bauherrn selbst verschuldete Mängel keine Haftung trifft. Zu diesem Selbstverschulden des Bauherrn, das den Unternehmer von seiner Haftung befreit, gehört auch das Verhalten seines Architekten oder seines Ingenieurs, da deren Verhalten als Verhalten einer Hilfsperson der Verantwortung des Bauherrn zugerechnet wird (BGE 95 II 52-55). Diese Grundsätze sind im grossen und ganzen auch in die Norm SIA 118 übernommen worden (Art. 165, 166 Abs. 4, 169 und 171). Massgeblich für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Abnahme. Für eine zufällige Verschlechterung des Werks in der Zeit, in der sich der Bauherr im Annahmeverzug befindet, haf-

tet der Unternehmer aber nicht. Er haftet auch nicht für *nach* der Ablieferung entstandene Verschlechterungen, die dann keine eigentlichen Werkmängel mehr sind (es sei denn, ein ursprünglicher, schon bei der Ablieferung bestehender Werkmangel komme erst nachträglich zum Vorschein). Ob dabei die Regeln der Baukunst eingehalten worden seien, beurteilt sich (im Gegensatz zum deutschen Recht) nach dem Stand der Technik zur Zeit der Werkausführung.

Bei Werkmängeln kann der Bauherr die Annahme verweigern oder einen Minderwert in Abzug bringen oder die Nachbesserung verlangen (nach der Norm SIA 118 hat der Unternehmer zunächst stets Anspruch auf Vornahme der Nachbesserung). Bei der *Nachbesserung* sind dem Bauherrn auch die ihm durch den notwendigen Einsatz eines Architekten oder Ingenieurs entstehenden Mehrkosten vom Unternehmer zu ersetzen (es sei denn, in dessen Pauschalhonorar sei auch die Beaufsichtigung der Mängelbehebungsarbeiten enthalten). In einem ganz zentralen neuesten Urteil vom 27. Januar 1981 (BGE 107 II 50-56), das allerdings von Gauch kritisiert wird, hat das Bundesgericht in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 OR nun entschieden, dass der Bauherr den Mangel auch ohne richterliche Ermächtigung auf Kosten des mit der Nachbesserung säumigen Unternehmers durch einen Dritten beheben lassen kann. Das *Minde-rungsrecht* gestattet dem Bauherrn, auch ohne Verschulden des Unternehmers einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Werklohn zu machen. Dabei kann nach BGE 105 II 102 der Minderwert nicht mehr ausmachen als die Kosten für eine tadellose Mängelbeseitigung. Der darüber hinausgehende merkantile Minderwert kann, da er ein Mangelfolgeschaden ist, nur bei Verschulden des Unternehmers geltend gemacht werden. Unterlässt der Bauherr die ihm obliegenden Pflichten der rechtzeitigen Prüfung und Rüge, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht völlig befreit (Art. 370 OR), wobei die Gerichtspraxis in letzter Zeit zur Auffassung neigt, dass es mit der Rechtzeitigkeit streng zu nehmen sei (BGE 107 II 172 ff = Urteil betreffend mangelhaftes Flachdach). Von seiner Haftung völlig befreit ist der Unternehmer auch dann, wenn die Mängelrechte verjährt sind.

Eine vertraglich vereinbarte «Garantiefrist» ist ein ziemlich vieldeutiger Begriff. Er kann «Rügefrist» bedeuten oder «Verjährungsfrist» oder beides zugleich oder auch «Haltbarkeitsgarantiefrist». In Art. 173 der Norm SIA 118 be-

deutet er «Rügefrist». Welche Bedeutung diese «Garantiefrist» im Einzelfall hat, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Die Bestimmungen der Norm SIA 118 sind bei den Werkmängeln bauherrenfreundlich; im übrigen können sie aber nach Gauch dem kleinen Bauherrn nicht empfohlen werden, da sie im übrigen unternehmerfreundlich sind.

Bedingungen und Auflagen bei Baubewilligungen

Am Vormittag des zweiten Tages sprach Dr. *Ulrich Zimmerli*, Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, über Bedingungen und Auflagen bei Baubewilligungen. Nach dem unmittelbar in allen Kantonen geltenden Art. 22 Abs. 1 RPG (Raumplanungsgesetz = Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung erstellt oder geändert werden. Die Baubewilligung ist eine Verfügung im Sinne einer behördlichen Feststellung, dass dem Bauvorhaben keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Der Baugesuchsteller hat einen Rechtsanspruch darauf, dass ihm die Baubewilligung erteilt wird, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Da das Baupolizei- und Planungsrecht auf «Normaltatbestände» zugeschnitten ist, ist der Gesetzgeber zur Vermeidung unzumutbarer Härten im konkreten Fall verpflichtet, Ausnahmen von der generalisierenden Regelung vorzusehen. Diese Ausnahmen sind die *Ausnahmebewilligung*, vor allem für komplexe Bauvorhaben, und die *Auflagen* und *Bedingungen* als Nebenbestimmungen. Bedingungen wirken entweder aufschiebend (suspensiv) oder auflösend (resolutiv), wobei ungewiss sein kann, ob überhaupt und wann das fragliche Ereignis eintritt. Echte Resolutivbedingungen kommen bei der Baubewilligung in der Praxis kaum vor. Unehnte Resolutivbedingungen sind die Befristung von Baubewilligungen oder die Erteilung solcher unter Widerrufsvorbehalt oder gegen Beseitigungsrevers. Alle übrigen Bedingungen, also die grosse Mehrzahl, sind Suspensivbedingungen (d. h. der Bau gilt erst als bewilligt, wenn die Bedingung eingetreten oder erfüllt ist). Die Bedingung hängt unmittelbar mit der Baubewilligung zusammen und kann nur mit dieser angefochten werden. Anders die Auflage: Sie ist eine mit einer Baubewilligung verbundene behördliche Anordnung, wonach vom Bewilligungsnehmer ein bestimmtes Verhalten (Tun, Unterlassen oder Dulden) gefordert wird; die Berechtigung zum Bauen

hängt in der Regel nicht von der Erfüllung der Auflage ab, und die Auflage kann selbständig angefochten werden und ist behördlicherseits zwangsweise durchsetzbar.

Solche Nebenbestimmungen (Bedingungen und Auflagen) sind zulässig, wenn sie auf einem Rechtssatz beruhen (wozu auch die sog. allgemeine Polizeiklausel gehört), wenn sie sachgerecht und sachbezogen sind, d. h. mit dem Bauvorhaben in einem direkten Sachzusammenhang stehen (der Bauwillige braucht keine «aufremden» Verpflichtungen zu akzeptieren), und wenn sie dem verfassungsmässigen Prinzip der *Verhältnismässigkeit* entsprechen (d. h. einerseits zur Erreichung der angestrebten Baurechtskonformität eines Bauvorhabens auch wirklich *nötig* und andererseits auch für den Betroffenen *zumutbar* sind). Die Zulässigkeit und Opportunität einer Nebenbestimmung ist auch daran zu messen, ob sie in der Folge auch durchgesetzt werden kann.

Andererseits kann eine Bauerlaubnis auch von der Erteilung besonderer Bewilligungen im Bereich des Gewässerschutzes, der Wohnraumerhaltung, des Zivilschutzes, der Wasserversorgung, der Feuerpolizei, des Forstrechts, des Umweltschutzes und des Energierechts usw. abhängig gemacht werden. Die Vorlegung solcher besonderen Bewilligungen wird dann zur Bedingung der Baubewilligung gemacht. Da die Erteilung solcher besonderen Bewilligungen sich jedoch in die Länge ziehen kann, wird von Zimmerli aus Gründen der Rechtssicherheit gefordert, dass die Baubewilligungsbehörde mit der Erteilung einer (bedingten) Baubewilligung wenn immer möglich zuwartet, bis die damit verbundenen besonderen Bewilligungen schon vorliegen. Gemäss Zimmerli ist auch bei Nebenbestimmungen, die eine Zweckänderung einer Baute auf alle Zeiten untersagen, welche auch bei einer Anmerkung im Grundbuch bloss deklaratorische Bedeutung hätten, grosse Zurückhaltung geboten, da sie in mehr als einer Hinsicht problematisch sind. Problematisch für Zimmerli sind auch Anordnungen zur Sicherung einer hinreichenden Erschliessung auf dem Wege von Auflagen und Bedingungen zu Baubewilligungen, da er mit Nachdruck fordert, dass die erschliessungsrechtliche Situation bereits im Zeitpunkt der Baubewilligungserteilung rechtlich geklärt sein müsse. In der Regel kann die Erteilung einer Baubewilligung auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Baugesuchsteller unentgeltlich Land für einen künftigen Strassenbau abtritt oder Anschlussgebühren, Erschliessungsbeiträge, Er-

satzabgaben usw. sofort akzeptiert, auch wenn letztere gesetzlich vorgeschrieben sind, da solche Nebenbestimmungen «aufremd» sind, also in keinem direkten Zusammenhang mit der Prüfung des Bauvorhabens in baupolizeilicher und planungsrechtlicher Hinsicht stehen.

Bei der Missachtung einer Nebenbestimmung ist dafür zu sorgen, dass der rechtmässige Zustand wiederhergestellt wird. Bei Missachtung einer suspensiv wirkenden Bedingung ist die Einstellung der Bauarbeiten anzuordnen oder das Schleifungsverfahren einzuleiten. Bei Eintritt des mit einer Resolutivbedingung umschriebenen Ereignisses ist die Beseitigung der Baute oder Anlage zu verfügen. Bei Missachtung einer Auflage ist dem Pflichtigen eine Nachfrist anzusetzen und nötigenfalls zur Ersatzvornahme zu schreiben.

Ausnahmebewilligungen

In einem zweiten Teil seines Referats sprach *Zimmerli* über Fragen der Ausnahmebewilligung. Auch eine Ausnahmebewilligung bedarf der *gesetzlichen Grundlage*, sie soll keine Normkorrektur bewirken, sondern muss im Einklang mit dem Zweck der fraglichen Grundnorm nur im öffentlichen Interesse unnötige Härten im Einzelfall vermeiden, und es muss ein hinreichender Ausnahmegrund bestehen, d. h. es müssen besondere Verhältnisse vorliegen, die ein Abweichen von der Norm als vernünftig und sachlich zwingend erscheinen lassen. In der Praxis muss eine bessere architektonische Lösung angestrebt werden (wobei Zimmerli freilich beifügt, dass Bauvorschriften gute architektonische Lösungen in der Regel nicht verhindern) und müssen überwiegende öffentliche Interessen, die dem Bauvorhaben entgegenstehen, fehlen. In einem Urteil vom 23. Dezember 1981 (BGE 107 I a 214 ff) hat das Bundesgericht zu einem Fall aus dem Berner Oberland festgehalten, dass rein wirtschaftliche Gründe eine Ausnahmebewilligung nicht zu rechtfertigen vermögen. Dasselbe gilt auch für «betriebswirtschaftliche Gründe». Mit einer Ausnahmebewilligung dürfen auch legitime Nachbarinteressen nicht verletzt werden, was indessen nicht heisst, dass eine förmliche Zustimmung des Nachbarn erforderlich sei oder genüge. Für öffentliche Bauten sind Ausnahmebewilligungen rechtlich problematisch. Die sauberere juristische Lösung ist die *demokratische Ausscheidung* im Nutzungszonenplan von besonderen Freiflächen mit besonderen Bauvorschriften.

Die materielle Enteignung

In der zweiten Hälfte des zweiten Vormittags sprach Prof. *Detlev Dicke* (Freiburg) über *ausgewählte Rechtsfragen* der materiellen Enteignung. Eine materielle Enteignung liegt dann vor, wenn zwar keine formelle Enteignung (Übertragung eines Grundstücks in das Eigentum des Gemeinwesens gegen Entschädigung) vorliegt, der behördliche Eingriff in die Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers aber doch so schwerwiegend ist, dass er in guten Treuen nicht ohne Entschädigung seitens des Gemeinwesens hingenommen werden kann (Beispiel: Bauverbot). Das Recht der materiellen Enteignung beruhte in der Schweiz bis vor 15 Jahren allein auf der schöpferischen Praxis des Bundesgerichts. Am 14. September 1969 wurde vom Volk *der neue Art. 22ter BV* angenommen, der aber zur materiellen Enteignung nichts Neues brachte und nur die wichtigsten Punkte der bisherigen Bundesgerichtspraxis zusammenfasste.

In zahlreichen Urteilen hat das Bundesgericht wiederholt, zuletzt in BGE 102 I a 247, 105 I a 339 und 106 I a 264 und 372/373, dass nach seiner Rechtsprechung eine *materielle Enteignung* dann vorliege, «wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seiner Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde. In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung der Sache indessen nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen. Unter besserer Nutzung eines Grundstücks ist in der Regel die Möglichkeit seiner Überbauung zu verstehen» (BGE 106 I a 372/373). Dabei ist nach Art. 22ter Abs. 3 BV bei Enteignung «volle Entschädigung» zu leisten. Ob ein bestimmter Eingriff in das Eigentum eine materielle Enteignung sei, «prüft das Bundesgericht frei» (BGE 106 I a 372). Die Höhe als solche der Entschädigung prüft das Bundesgericht aber «nur unter dem Aspekt der Willkür» (BGE 103 I b 217), da es sie als eine Tatfrage und nicht als eine Rechts-

frage behandelt. Anschliessend behandelte Dicke Fragen der *Sonderopfertheorie* und der *Gruppenenteignung*. Als Kuriosum vermerkte er dabei den Entscheid BGE 102 I b 276 (Immissionen seitens der Nationalstrasse N 3), in welchem schon ein Minderwert von 10% als schwerer Schaden bezeichnet wurde. Die deutsche Rechtsprechung scheint differenzierter zu sein, da dort auch geringfügige Eingriffe entschädigt werden, dafür aber auch nur «angemessene Entschädigung» zu leisten ist. Nachdem das Bundesgericht in BGE 81 I 346 erklärt hatte, dass auch Verfügungsbeschränkungen zu materiellen Enteignungen führen könnten, warf Dicke die ketzerische Frage auf, ob die Verfügungsbeschränkungen der Lex von Moos (heute Lex Furgler) das Gemeinwesen infolge der Wertverminderungen, die die Beschränkung des Käuferkreises auf Inländer nach sich zögen, nicht auch entschädigungspflichtig machten.

Anschliessend behandelte Dicke Fragen der *Abgrenzung zur formellen Enteignung*, der Abgrenzung zu entschädigungslosen Eingriffen, der Rückzonungen von Grundstücken (z. B. im Engadin), für die demzufolge früher zu hohe Vermögensteuern bezahlt worden waren, der Abgrenzung von Eigentumsbeschränkungen aus polizeilichen Gründen und der Immissionen. Alsdann legte er die Voraussetzungen für eine materielle Enteignung dar: die gesetzliche Grundlage, das überwiegende öffentliche Interesse, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Rechtmässigkeit der eingreifenden Massnahme. Als Zeitpunkt für die Feststellung der materiellen Enteignung muss der Zeitpunkt der entscheidenden eingreifenden Massnahme angenommen werden (BGE 106 I a 374) und nicht der Zeitpunkt des letztinstanzlichen Entscheids (schon wegen der Schwierigkeit der Prognose der voraussehbaren Nutzung in den nächsten 10–15 Jahren seit dem letztinstanzlichen Entscheid). Als Zeitpunkt für die Schadensberechnung ist ebenfalls in der Regel auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung abzustellen (BGE 93 I 144 ff).

Revision des Werkvertragsrechts?

Hierzulande ist die «Revisionitis» seit Jahren eine Modekrankheit. Bundesrat *Furgler* träumt von einer Totalrevision der Bundesverfassung. Im Privatrecht wurden unter anderem 1962 der Abzahlungskauf revidiert, 1970 das Miet-

recht, 1971 das private Arbeitsvertragsrecht, 1972 das Adoptionsrecht und 1973 das Kindesrecht (beide mit nicht immer sehr glücklicher Hand). Zurzeit stehen das Aktienrecht und das Eherecht in Revision (letzteres mit zum Teil recht extremen Postulaten). Was Wunder, dass auch das Werkvertragsrecht davon nicht verschont worden ist. Durch Vorstösse im Parlament ange-regt, stellte sich das Bundesamt für Justiz zunächst einmal die Frage nach der Revisionsbedürftigkeit des Werkvertragsrechts. Zur Abklärung dieser eminent praktischen Frage beauftragte es Prof. *Peter Gauch* (Freiburg) und seine Mitarbeiter mit einer *Umfrage bei allen interessierten Kreisen*. Im Herbst 1979 wurde ein umfangreicher Fragebogen mit 138 Fragen versandt, die Antworten trafen vom Frühjahr bis Sommer 1980 ein und die Auswertung im Umfang von 617 Seiten konnte im Dezember 1981 fertiggestellt und dem Bundesamt für Justiz eingereicht werden.

Am Nachmittag des zweiten Tages der Baurechtstagung 1983 konnte Prof. *Gauch* dann mit Einwilligung dieses Bundesamts die Teilnehmer über die *Ergebnisse dieser Umfrage* orientieren. Die Auswertung ergab dabei folgendes Bild: Es gibt eine Vielzahl möglicher Revisionspunkte, die man bei einer Überarbeitung des Werkvertragsrechts in Erwägung zu ziehen hätte. Die Meinungen, ob überhaupt revidiert werden soll, sind sehr geteilt. *Für die Revision sprechen sich aus:* der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), der Schweizerische Technische Verband (STV), der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) usw. *Eine Revision lehnen ab:* der Schweizerische Gewerbeverband (SGV), der Verband schweizerischer Maschinenindustrieller (VSM), der Schweizerische Ingenieur- und Architekten-Verein (SIA) usw. *Für eine Revision sind:* die SBB, der Kanton Zürich usw. *Gegen eine Revision sind:* die PTT, der Kanton Uri, die Stadt Zürich usw. Auf eindeutige Ablehnung stösst jedenfalls die Idee einer Totalrevision; auch die Befürworter wünschen mit klarer Mehrheit eine blosse Teilrevision, wobei aber auch hier keine Schwerpunkte festzustellen sind. Eindeutig abgelehnt wird schliesslich eine detaillierte Regelung des Werkvertrags; auch bei einer eventuellen Revision soll der Gesetzgeber, bewährter schweizerischer Tradition entsprechend, nur das Grundsätzliche ordnen. Die Norm SIA 118 wurde bei dieser Umfrage im grossen und ganzen positiv bewertet und es wurde postuliert, dass für den Fall der Revision des Werkvertragsrechts auf jeden Fall gleichzeitig auch das Bauhandwerkerpfandrecht revidiert werden sollte.

Tabelle 1. Übersicht der Honorarabrechnungen der neuen Entwürfe

Grundhonorar		Kostentarif (Tarif A)	Volumentarif*	Zeittarif (Tarif B)	Pauschal- Global-Tarif
Erhöhung	falls vorgängig vereinbart	«besondere Honorierung» ¹		-	-
		Zusatzleistungen ²		-	-
		ev.	ev.	EDV	-
		Varianten ³		-	?
		Korrekturfaktor*		-	-
		Umbauten, Restauration*		-	-
	Fachhonorar als Spezialist* ⁴		-	?	-
	ohne vorherige Vereinbarung	Änderungen/Überarbeitungen		-	?
		Nebenkosten (Auslagen)		-	?
Reduktion	falls vorgängig vereinbart	Korrekturfaktor*		-	-
		Wiederholungen		-	-

* nur SIA 102

1 SIA 103 stellt strengere Anforderungen

2 Nach SIA 102 sind diese nur «in der Regel» vorgängig zu vereinbaren.

3 Nach SIA 102 ist fraglich, ob die Honorar-Erhöhung vorgängig vereinbart werden muss.

4 Besonderer Anwendungsfall: wenn nur Projektauftrag (Art. 7.10).

In einer *persönlichen Stellungnahme* vertrat *Gauch* die Ansicht, dass von einer separaten Revision des Werkvertragsrechts zurzeit abzusehen sei, da angesichts der unterschiedlichsten Reaktionen der interessierten Kreise Vorsicht und Zurückhaltung am Platz seien, da eine Revision des Werkvertragsrechts ohne gleichzeitige Revision oder Anpassung des Kaufrechts und des Auftragsrechts schwierig sei, da eine solche Salamimethode sachlich und in der Terminologie zu einem uneinheitlichen Gesetz führe und da keine Notlage vorliege, die eine vorgezogene separate Revision des Werkvertragsrechts rechtfertigen würde. Anderer Meinung ist sein Fakultätskollege Prof. *Pierre Tercier*, der in seinem französischen Parallelreferat als «Theoretiker» auf Grund der Dauer von Revisionsarbeiten deren rasche Anhandnahme postulierte, bevor die Praxis das Recht überrolle.

Die Revision der SIA-Ordnungen 102 und 103

Im zweiten Teil des zweiten Nachmittags orientierten abwechselungsweise Prof. *Peter Gauch* (Freiburg), Rechtsanwalt Dr. *Anton Egli* (Luzern) und dipl. Ing. *ETH Duri Prader* (Zurikon) über die Revision der SIA-Ordnungen 102 und 103. Die Ordnungen des SIA für Arbeiten und Honorare der Architekten (102), Bauingenieure, Geotechnik-Ingenieure und Geologen (103), Forstingenieure (104), Maschinen- und Elektroingenieure (108) und Quartier-, Orts-

und Regionalplaner (110), die alle aus dem Jahre 1969 stammen, sind zurzeit in Revision. Revisionsentwürfe stammen vom Oktober 1981 und vom März 1983 und es wird damit gerechnet, dass die neuen Ordnungen an der Delegiertenversammlung vom Herbst 1983 endgültig verabschiedet werden können.

Die wichtigsten Neuerungen betreffen den Leistungsbeschrieb und die Aufschlüsselung der Teilleistungen, die Honorarberechnung und die Rechtsgrundlagen.

In den Entwürfen wurden die Beschriebe der *Teilleistungen* vollständig neu überarbeitet, indem pro Teilleistung Ziel, Grundlagen, Grundleistungen und Zusatzleistungen detailliert und präziser als bisher umschrieben werden. Die Entwürfe enthalten eine neue Aufschlüsselung der Teilleistungen in Prozenten. In beiden Entwürfen (für Ordnung 102 und 103) wird das Vorprojekt um 50% stärker gewichtet.

Zur *Honorarberechnung* verweise ich auf die abgebildete Übersicht (Tab. 1). Neu eingeführt wird der *Volumentarif*, d. h. der Tarif nach Volumen des umbauten Raums, da dem bisherigen Kostentarif (der freilich daneben weiterbesteht) nachgesagt wurde, dass der Architekt, der preiswert baue und auf teuren Firlefanz verzichte, dafür «bestraft» werde. Für Bauwerke, die aussergewöhnlich hohe oder aussergewöhnlich geringe Leistungsanforderungen stellen, eignet sich der neue Volumentarif freilich nicht. In der SIA-Ordnung 102 werden statt der bisherigen 5 Honorarklassen *neu 7 Baukategorien*

vorgesehen; dazu wird neu ein sog. Korrekturfaktor von -20% bis +20% bei Vorliegen besonderer, nicht technischer Einflüsse eingeführt. Der *Zeittarif* (bisher «Tarif B») wird neu strukturiert: Die Gehaltskategorien werden von 9 auf 7 reduziert, hingegen jede Kategorie in 3 Leistungsstufen zwecks Berücksichtigung von Können, Erfahrung und Ausbildung des betreffenden Mitarbeiters unterteilt. Der SIA beabsichtigt auch, alljährlich neue Tarifwerte herauszugeben, die auch bei bereits abgeschlossenen und laufenden Verträgen für noch nicht erbrachte Leistungen gelten sollen, wenn der Auftraggeber unverzüglich darüber orientiert wird (Entwurf 102) bzw. dies mit ihm vereinbart worden war (Entwurf 103). Von allen Referenten kritisiert wurde jedoch, dass eine solche zwischenzeitliche Vergütung bei freien Berufen nicht üblich sei.

In Art. 1 der Revisionsentwürfe, der in *Dezimalklassifikation* 18 Untertitel enthält, wird ein Sammelsurium von allgemeinsten Rechtsbedingungen zusammengefasst, insbesondere Bestimmungen über die Verantwortlichkeit, die Stellvertretung und den Widerruf. Nach Art. 1.3.1 wahrt der Beauftragte die *Interessen des Auftraggebers* nur noch «nach bestem Wissen und Können», so dass nicht mehr die Interessenwahrung gälte, wie sie von ihm objektiv erwartet werden kann, was im Widerspruch zur neueren Entwicklung des Haftpflichtrechts steht. Immerhin ist nach Prader ein wunder Punkt weggefallen: Der Architekt soll nicht mehr für Fehler in Plänen haften, die ein er-

Vertrag

betreffend
die Ausführung des grossen Gotthardtunnels.

Die Direction der Gotthardbahn,
unter Beachtung des Kantonsratsbeschlusses über die Ausführung
auf dem Gotthardtunnelbauwerk und der Genehmigung des
Kantonsrats vom 20. März 1872.

Herrn Louis Favre von Genf, Bauingenieur,
in Genf.

ist folgenden Bedingungen betreffend die Ausführung des grossen Gotthardtunnels
einmüthig zustimmend worden:

Art. 1.
Gegenstand dieses Vertrages ist die Ausführung des 11600
Meter langen grossen Gotthardtunnels durch den Th. Gotthard
zwischen dem Fels bei Giffers und demjenigen bei Airolo.
Man den oben beschriebenen Grundrissen des grossen Gotthardtunnels,
welche auf 1100 Meter Messlänge lauft, ist der Giffers Fels
25 Meter auf und steigt die Höhe auf 7457 Meter Länge
mit 5,32 pro Mille; für denselben ist die Höhe des 120 Meter langen
Befahrungstunnels auf 1152,4 Meter Messlänge, wovon

Transport, 165 Lth. - Lth. 42 324,300.-
Mittelverord. des grossen Gotthardtunnels
aus dem Budget des Kantons Genève 165 Lth.
Gesamt der Aufträge des Bauingenieurs
des grossen Gotthardtunnels für Gestein und Holz
auf 40000 Kubikmeter mit 60000 Quadratmeter
Befahrungstunnel im Mittelbauverord. 30000 Lth.
unter stetig sein, ferner auf 120 Kubikmeter
für
die Ausführung des Untertunnels beauftragt sind
Lohn wie folgt:
1. für 10000 Kubikmeter Gesteinverord. zu 75 Lth. Lth. 3 000 000.
2. „ 60000 Quadratmeter Befahrungstunnel zu 20 Lth. „ 1 200 000...
3. „ 30000 Kubikmeter grossen Gotthardtunnel zu 40 Lth. „ 1 200 000.-
4. „ die Befahrungstunnelverord. im Mittelbauverord. zu 165 „ 19 800.-
Gesamtsumme, wenn die Aufträge des
Bauingenieurs für den grossen Gotthardtunnel
Gesamtsumme der Unternehmungsaufträge
infolge der Ausführung des Gotthardtunnels betragen Lth. 47 804,300.-



Cher: Bestätigung wird durch unterzeichneten Bestätigung
der Bedingungen betreffend die Ausführung des grossen Gotthardtunnels
von beiden Vertragsparteiern unterzeichnet.
Genève, den 7. August 1872.
Herrn der Direction der Gotthardbahn
in Genf.
L. Favre
Der erste Bestätiger:
Favre

L. Favre

Vertrag betreffend die Ausführung des grossen Gotthardtunnels zwischen der Direction der Gotthardbahn und Herrn Louis Favre vom 7. August 1872. Erste und letzte Seite

fahrener Unternehmer hätte entdecken sollen. Andererseits wird die Stellung des Bauherrn (zum Teil im Widerspruch zu zwingendem Gesetzesrecht) in Ziff. 1.5 dadurch verschlechtert, dass die Kausalhaftung, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit und die Haftung für indirekten Schaden seitens des Beauftragten ausgeschlossen wird. Die Vollmachtsregelung andererseits ist widersprüchlich, unklar und unvollständig. Nach Art. 1.3.4 fallen wichtige Stellvertretungskompetenzen weg: nach Gauch erscheint es aber als widersprüchlich, wenn nach der Norm SIA 118 dem Unternehmer eine Vollmacht mitgeteilt wird, die der Architekt oder Ingenieur nach den Ordnungen 102 und 103 unter Umständen gar nicht hat. Die Regelung des Widerrufs (Art. 1.14) hält sich an die neueste bundesgerichtliche Praxis, wonach ein Architekturvertrag ein Auftrag sei. Bei Widerruf zur Unzeit und ohne Verschulden des Beauftragten wird nach Art. 1.14.2 ein Zuschlag von 10% oder mehr, «wenn der nachge-

wiesene Schaden diesen Prozentsatz übersteigt», vorgeschrieben (wobei die 20%-Klausel für Urheberrecht ganz wegfällt). Bisher waren es 15%, was von einem Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 1978 als zulässig erklärt worden war. Die Bestimmung von Art. 1.14.2, wonach dieser Zuschlag sich «auf dem Honorar des entgangenen Leistungsteils» errechne, erscheint freilich als etwas problematisch, da eine Entschädigung für entgangenen Gewinn schon angesichts von Art. 404 OR fragwürdig ist.
*
Wie sich auch aus den Voten der im Anschluss an die Referate im Plenum jeweils geführten lebhaften Diskussionen ergab, wurden auch an dieser Baurechtstagung 1983 mehr Probleme aufgeworfen, als gelöst werden konnten, was ja aber gerade der Zweck und der Nutzen solcher ebenso erfreulichen wie erfrischenden Brainstormings ist.
Als nettes Andenken erhielt jeder Teilnehmer im Lauf der Tagung eine von Frau Nina

Prader hergestellte, vollständige Abschrift des «Vertrags betreffend die Ausführung des grossen Gotthardtunnels» zwischen der Direction der Gotthardbahn und Herrn Louis Favre vom 7. August 1872, mit faksimilierter erster und letzter Seite (vgl. Abbildung). In den Referaten wurde dann hin und wieder auf verschiedene Punkte dieses Vertrags hingewiesen.
Die französischsprachigen Referate vom Mittwoch und Donnerstag wurden von den Herren Prof. Pierre Tercier (Fribourg), Rechtsanwalt Jean-Marie Cottier (Fribourg), Prof. Paul-Henri Steinauer (Fribourg), Rechtsanwalt Jean Erhard vom Bundesamt für Raumplanung (Bern), Architekt Roger Currat (Fribourg), Rektor Prof. Augustin Macheret (Fribourg und Genève) und Architekt Philippe Joye (Genève und Fribourg) gehalten.
Bildnachweis: Die Bilder sind den Tagungsunterlagen entnommen. Die beiden Zeichnungen stammen von Teddy Aeby.
Adresse des Verfassers: Dr. W. Wichser, Rechtsanwalt, Tödistr. 15, 8002 Zürich.